Sygn. akt: KIO 2426/20

WYROK

z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2020 r. przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** w imieniu i na rzecz którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
IDM Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku,
IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą we Włocławku oraz
J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JM - PROJEKT J. M.,
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** w imieniu i na rzecz którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** kwotę **3 600 zł 00** gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……..

Sygn. akt KIO 2426/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie *Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa - granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk - Budzisko z obw. Szypliszek”,* numer referencyjny: O.BI.D-3.2410.4.2019, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 października 2019 r. pod numerem 2019/S 207-505171.

Wykonawca - MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 25 września 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności oraz zaniechania czynności zamawiającego, a polegających na:
1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDM INWESTYCJE Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k. oraz JM PROJEKT J. M. („Konsorcjum IDM”);
2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IDM;
3. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum IDM z postępowania;
4. ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia Konsorcjum IDM z postępowania i/lub odrzucenia oferty Konsorcjum - zaniechaniu wezwania Konsorcjum IDM do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1.art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDM pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia okresu związania ofertą nie wyraził zgody na jego przedłużenie przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, ani też nie przedłużył ważności wadium, a następnie nie uczynił zadość obowiązkowi utrzymania stanu związania ofertą w trakcie postępowania;
2.art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDM z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie wykazywanego doświadczenia pana G. C., który został wskazany na stanowisko ds. rozliczeń, w sytuacji, gdy doświadczenie tej osoby nie spełniało warunków zakreślonych przez zamawiającego w pkt. 19.1.3.2. 2) IDW;

3. art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum IDM, pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;
4. ewentualnie, w przypadku nieuznania zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej naruszenie art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 4 Pzp w związku z 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 Pzp poprzez uznanie, iż Konsorcjum IDM wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia (pkt 7 ppkt 3) IDW) w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego, tj. SGS Polska Sp. z o.o., w trakcie realizacji zamówienia będzie faktycznie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego, a podmiot ten wykona usługi, których dotyczy udostępnienie zdolności technicznych i zawodowych pomimo, że treść przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów nie potwierdza udziału SGS Polska Sp. z o.o. w realizacji zamówienia w niezbędnym zakresie oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 15 września 2020 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum IDM;
2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3) wykluczenia Konsorcjum IDM z postępowania;
4) odrzucenia oferty Konsorcjum IDM;
5) ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia Konsorcjum IDM i/lub odrzucenia jego oferty - wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 15 września 2020 r. został poinformowany przez zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum IDM jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Zarzut nr 1 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDM.

Odwołujący podał, iż termin składania ofert w niniejszym postępowaniu został wyznaczony na dzień 20.12.2019 r. Termin związania ofertą wynosił 60 dni i upływał w dniu 17.02.2020 r. Dnia 11.02.2020 r. zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Dalej, odwołujący wskazał, że w dniu 6.02.2020 r. zamawiający wykluczył z postępowania Konsorcjum IDM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wobec której to czynności Konsorcjum IDM w dniu 17.02.2020 r. wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 28.02.2020 r. wydane zostało orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowej sprawie. Następnie w dniu 01.03.2020 r. o godz. 18:28 Konsorcjum IDM przesłało zamawiającemu zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i wadium. Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę przedstawiony stan faktyczny, tj. datę składania ofert, 60-dniowy termin związania ofertą oraz zawieszenie biegu tego terminu na okres 12 dni w wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum IDM, termin związania ofertą upływał w dniu 29.02.2020 r. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, oznacza to, iż wykonawca - Konsorcjum IDM nie zastosował się do wezwania zamawiającego i nie przedłużył terminu związania ofertą w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, tj. do upływu ostatniego dnia terminu związania ofertą, a tym samym nie zapewnił ciągłości terminu związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium, w związku z czym oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Odwołujący przy tym dodał, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości przedłużenia biegu terminu związania ofertą po jego upływie. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), gdy wyznaczony pierwotnie termin związania ofertą upłynie, a wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą jednak wymogiem jest, aby oświadczenie to zostało złożone w terminie związania ofertą, tak by zachowana była ciągłość związania ofertą. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt: XIII Ga 379/12 oraz na wyrok sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3.06.2016 r., wydany w sprawie sygn. akt: X Ga 40/16, jak również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1817/12, 1822/12. Reasumując, odwołujący stwierdził, że wykonawca Konsorcjum IDM spóźnił się z przekazaniem oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 1 dzień, a więc nie uczynił zadość wezwaniu zamawiającego do przedłużenia okresu związania ofertą, w związku z czym jego oferta powinna zostać odrzucona.

Dodatkowo, odwołujący wskazywał, że gdyby nawet Konsorcjum IDM na wezwanie zamawiającego złożyło oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą w terminie jego obowiązywania, to w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, oferta wykonawcy Konsorcjum IDM nie była wiążąca ani odpowiednio zabezpieczona wadium. Odwołujący stwierdził, że w toku całego postępowania bieg terminu związania ofertą był dwukrotnie zawieszany:
1) w wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum IDM (sygn. akt KIO 325/20)
17.02.2020r. - data wniesienia odwołania
28.02.2020r. - data wydania orzeczenia przez KIO
Zawieszenie biegu terminu związania ofertą: 12 dni
2) oraz w wyniku drugiego odwołania wniesionego przez Konsorcjum IDM (sygn. akt KIO 1147/20)
25.05.2020r. - data wniesienia odwołania
03.08.2020r. - data wydania orzeczenia przez KIO
Zawieszenie biegu terminu związania ofertą: 71 dni.

Konsorcjum IDM dwukrotnie przedłużało termin związania ofertą o kolejne 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium: w dniu 01.03.2020 r. w odpowiedzi na wniosek zamawiającego z dnia 11.02.2020r. (przedłużenie spóźnione) oraz samodzielnie w dniu 27.04.2020 r. Odwołujący wywodził, iż zakładając, że

pierwsze oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostałoby złożone w terminie, to ostatecznie oferta wykonawcy Konsorcjum IDM, jak również zabezpieczenie oferty wadium przestałyby być ważne w dniu 07.09.2020 r. Tymczasem, zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 15.09.2020 r., a więc 8 dni po upływie terminu związania ofertą i ważności wadium wykonawcy Konsorcjum IDM. Zdaniem odwołującego, Konsorcjum IDM nie sprostało obowiązkowi złożenia oświadczenia zgodnie z wezwaniem zamawiającego w terminie związania ofertą tak by zachowana była ciągłość, w związku z czym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2 – zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDM z postępowania.

Odwołujący podał, że zgodnie z punktem 19.1.3.2. 2) IDW - Tom I SIWZ w celu zdobycia dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu Konsultanta" zamawiający określił następujące wymagania w odniesieniu do doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń:
„Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczonym wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń:
- *Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.*
- *Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.*
- *Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca otrzyma 6 punktów.*
- *Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- *Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.".*

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum IDM na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń wskazało pana G. C. i oświadczyło, że posiada on 29 miesięcy doświadczenia zawodowego od wystawienia Świadectwa Przejęcia (zgodnie z Subklauzulą 10.1 WK dla FIDIC) lub końcowego Protokołu odbioru robót lub dokumentu równoważnego (dla zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) w ramach realizacji zadania pn. „Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25" na stanowisku Specjalisty ds. rozliczeń.

Następnie odwołujący podniósł, że z informacji przez niego posiadanych wynika, że na zadaniu wskazanym przy doświadczeniu pana G. C. Świadectwa Przejęcia wydawane były w trybie Subklauzuli 10.2 - Przejęcie części robót, a nie jak wymagał tego zamawiający w trybie Subklauzli 10.1. - Przejęcie robót lub odcinków. Odwołujący dodał też, iż gdyby bez znaczenia był tryb Subklauzuli, na podstawie której wydawane było Świadectwo Przejęcia, to zamawiający inaczej sformułowałby opis sposobu przyznawania dodatkowych punktów w ramach podkryterium 2.2. Konsorcjum IDM oświadczyło w treści Formularza 2.2., że pan G. C. pełnił funkcję Specjalisty ds. rozliczeń do dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia w trybie Subklauzuli 10.1., co oznacza, zdaniem odwołującego, że podało w ofercie nieprawdziwe informacje mające na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w celu uzyskania dodatkowych punktów.

Dalej odwołujący wskazał, że powyższe potwierdziło również samo Konsorcjum IDM pismem z dnia 14.01.2020 r., w którym oświadczyło, że na zadaniu pn. „Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25" Inżynier Kontraktu wystawił 8 Świadectw Przejęcia obejmujących podstawowy zakres robót, przy czym wszystkie te świadectwa były wystawione na podstawie Subklauzuli 10.2 Przejęcie części robót i tym samym zastąpiło nieprawdziwe informacje (złożone wraz z ofertą w treści Formularza 2.2. Kryteria pozacenowe) informacjami prawdziwymi i potwierdziło wprowadzenie zmawiającego w błąd.

Odwołujący podkreślił również, iż zgodnie z pismem Konsorcjum IDM z dnia 14.01.2020 r. pan G. C. pełnił funkcję Specjalisty ds. rozliczeń na wskazanym zadaniu w okresie od 20.03.2015 r. do 30.09.2017 r. Tymczasem, ostatnie Świadectwo Przejęcia w trybie Subklauzuli 10.2. wystawione zostało w dniu 27.11.2018 r., a więc rok i dwa miesiące po ukończeniu pełnienia przez pana C. funkcji Specjalisty ds. rozliczeń. W konsekwencji doświadczenie pana C. nie obejmowało swoim okresem daty wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia w trybie Subklauzli 10.2. Konsorcjum IDM wybrało odpowiadające mu Świadectwo Przejęcia nr 7/2017 z dnia 16.10.2017 r. (a więc również nieobejmujące okresu pełnienia przez pana C. funkcji Specjalisty ds. rozliczeń) i przyjęło je jako spełniające wymagania zamawiającego, ponieważ roboty będące przedmiotem tego Świadectwa zaczęły być użytkowane w dniu 17.07.2017 r. Odwołujący nie zgodził się z powyższą interpretacją, gdyż jego zdaniem znacznie wykracza ona poza zakres opisu wymagań określonych przez zamawiającego.

W tym zakresie odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wyrażany jest pogląd, że złożenie przez wykonawcę dokumentu lub oświadczenia o nieprawdziwej treści ma charakter ostateczny i taki dokument nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty, których nie złożono lub złożono wadliwie (odwołujący przykładowo wskazał na wyrok z dnia 8.08.2017 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1509/17). Odwołujący wskazał też na przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który nakazuje wykluczenie wykonawcy gdy wprowadził on w błąd zamawiającego nawet w wyniku zachowania nieumyślnego (lekkomyślność, niedbalstwo) w przeciwieństwie do dyspozycji pkt 16 wskazującego na konieczność zajścia celowego działania wykonawcy zmierzającego do wprowadzenia w błąd lub rażącego niedbalstwa wywołującego ten sam skutek. Dodał też, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ma zastosowanie nawet gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd nie mając takiego zamiaru, a poprzez niedochowanie należytej staranności (niedbalstwa) czy lekkomyślności.
Zarzut nr 3 – zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 4 Pzp w związku z 24 ust.1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 Pzp

W zakresie powyższego zarzutu odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 7 ppkt 3) SIWZ (Instrukcji dla Wykonawców) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z poniższymi wymaganiami:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (Zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:
a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 min PLN netto
b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu".

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w dniu 6 września 2020 r. Konsorcjum IDM złożyło wykaz usług, który zawierał wyłącznie zadania zrealizowane w całości przez Konsorcjum firm ECM GmbH oraz SGS Polska Sp z o.o. Podniósł też, że z treści formularza ofertowego Konsorcjum IDM, jak również z treści dokumentu *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia*, nie wynika jednoznacznie, że SGS Polska Sp. z o.o. rzeczywiście wykona zakres usługi, dla której niezbędne było wykazanie się wymaganym doświadczeniem. SGS Polska Sp. z o.o. zobowiązała się do zapewnienia: *„usługi wsparcia merytorycznego w realizacji obowiązków wynikających z Umowy (określonych w SIWZ) oraz weryfikacji i koordynacji prac projektowych; nadzór nad wykonywaniem obowiązków w zakresie zarządzania i rozliczenia Kontraktu, opracowanie raportu otwarcia".*

W ocenie odwołującego powyższy zakres w żaden sposób nie może być rozumiany jako zobowiązanie do faktycznej realizacji zadania przez podmiot posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie. Sposób sformułowania treści zobowiązania wskazuje bowiem wprost, że SGS Polska Sp. z o.o. będzie jedynie wspierać merytorycznie (przy czym trudno ustalić na czym to wsparcie ma polegać) oraz zapewniać nadzór (też nie wiadomo jak ten nadzór miałby wyglądać) dla Konsorcjum IDM przy realizacji niektórych czynności objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum IDM w ramach przedmiotowego warunku opiera się w całości na zasobach podmiotu trzeciego, a zatem nie dysponuje w ogóle własnym doświadczeniem. Odwołujący zauważył, że w takim przypadku, aby zapewnić zamawiającemu, realizację zamówienia przez odpowiednio wykwalifikowanego wykonawcę, Konsorcjum IDM powinno wykazać (udowodnić), że wskazany przez nią podmiot trzeci będzie wykonywał całe zamówienie. Natomiast dokumenty przedstawione przez Konsorcjum IDM nie dają podstawy do takiego stwierdzenia. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie powinien na ich podstawie uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 711/19.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, że doświadczenie zawodowe SGS Polska Sp. z o.o. zostało nabyte przy realizacji zamówień, którego wykonawcą było Konsorcjum firm SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH. W konsekwencji odwołujący wyraził wątpliwość, czy SGS Polska Sp. z o.o. w ramach wykonywania zadań wskazanych przez Konsorcjum IDM nabyła samodzielnie doświadczenie wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż wykonawca udostępniający swoje zdolności oraz doświadczenie może uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach Konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Dodał też, że zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (odwołujący powołał wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-131/14 Esaprojekt). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający był zobowiązany do wezwania Konsorcjum IDM na podstawie art. 26 ust. 3 i/lub art. 22a ust. 6 Pzp do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności poprzez zastąpienie SGS Polska Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, gdyż:
1. z przedstawionych przez Konsorcjum IDM dokumentów nie wynika, że będzie on realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, co wskazuje na pozorność tego dysponowania;
2. wątpliwe jest czy SGS Polska Sp. z o.o. posiada doświadczenie odpowiadające wymaganemu przez zamawiającego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w dniu 28 września 2020 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej.

Pismem z dnia 30 września 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDM Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą we Włocławku oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JM - PROJEKT J. M. (zwani dalej łącznie: „przystępującym" bądź „Konsorcjum IDM") zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika postępowania.

W dniu 6 października 2020 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie kosztami postępowania odwołującego (odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej o tożsamej treści została złożona przez zamawiającego na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 października 2020 roku).

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 października 2020 roku przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o odrzucenie odwołania w części:
a) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie zarzutu nr 1 i 2 – jako zarzutów spóźnionych z uwagi na fakt, iż odwołujący miał możliwość podniesienia zarzutów na wcześniejszym etapie postępowania, czego nie uczynił, co spowodowało utratę legitymacji do podnoszenia zarzutów na dalszym etapie;
b) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp w zakresie zarzutu nr 2 – z uwagi na okoliczność, że kwestia możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd co do doświadczenia p. C. była już przedmiotem orzekania w niniejszym

postępowaniu przetargowym w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO 325/20. Dopuszczenie zarzutu do merytorycznego rozpoznania spowoduje, że identyczne kwestie, jakie zostały już podniesione w sprawie, ponownie będą stanowić przedmiot badania i oceny Izby.

W pozostałym zakresie przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Względnie w przypadku nie podzielenia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania – przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, a także z dokumentów przedłożonych uczestnika postępowania odwoławczego złożonych w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 października 2020 roku, tj.: umowy realizacyjnej zawartej w Warszawie w dniu 23.10.2014 roku pomiędzy ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu a SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 października 2020 roku.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego przystępującego o zaliczenie w poczet materiału dowodowego akt sprawy KIO 325/20 (uwzględniając jedynie wniosek o zaliczenie w poczet materiału dowodowego protokołu posiedzenia i rozprawy w tej sprawie – złożony przez przystępującego na posiedzeniu) oraz nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zaliczenie w poczet materiału dowodowego akt sprawy KIO 1301/20 uznając, iż okoliczności dla których miałyby być przeprowadzone dowody z ww. akt nie są sporne.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba natomiast stwierdziła, że w stosunku do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDM z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie wykazywanego doświadczenia pana G. C., który został wskazany na stanowisko ds. rozliczeń, w sytuacji, gdy doświadczenie tej osoby nie spełniało warunków zakreślonych przez zamawiającego w pkt. 19.1.3.2. 2) IDW, zachodzą okoliczności objęte dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z czym Izba pozostawiła ww. zarzut bez rozpoznania merytorycznego.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie zaś z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Należy zauważyć, że kwestie dotyczące doświadczenia personelu wskazanego w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" (w tym pana G. C., który został wskazany na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń) były przedmiotem oceny zamawiającego, w następstwie której zamawiający w dniu 6 lutego 2020 roku podjął decyzję o wykluczeniu Konsorcjum IDM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Czynność zamawiającego, o której mowa powyżej, została dokonana w związku z przedstawieniem informacji dotyczących wykazywanego doświadczenia pana G. C., ale w innym aspekcie niż podnoszony przez odwołującego niniejszym odwołaniem.

Zdaniem Izby, odwołujący powinien już w związku z pierwszą czynnością podjętą przez zamawiającego w dniu 6 lutego 2020 roku wnieść odwołanie na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDM również na podstawie okoliczności faktycznych związanych z wykazywanym doświadczeniem pana G. C., a podnoszonych w ramach niniejszego odwołania (kwestia wydania Świadectwa Przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.2. WK dla FIDIC oraz okoliczność, iż doświadczenie pana C. nie obejmowało swoim okresem daty wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia). Nie ulega wątpliwości, że te okoliczności znane były odwołującemu wcześniej, albowiem podnosił je (jako przystępujący) w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO 325/20, toczącym się na skutek wniesienia odwołania przez Konsorcjum IDM od czynności zamawiającego z dnia 6 lutego 2020 roku (co bezpośrednio wynika z protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 28 lutego 2020 roku sporządzonego w powoływanej sprawie).

W konsekwencji, Izba uznała, że ww. zarzut jest zarzutem wniesionym po terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp i nie podlega rozpoznaniu merytorycznemu.

Natomiast, w ocenie Izby, w zakresie zarzutu, o którym mowa powyżej, nie zachodzą przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Obecny odwołujący, będący w sprawie o sygn. akt: KIO 325/20 przystępującym, wprawdzie w toku ówczesnego postępowania odwoławczego powoływał się na te same okoliczności, które podnosi w niniejszym odwołaniu, ale Izba będąc związana zarzutami odwołania w myśl art. 192 ust. 7 Pzp, nie mogła na ich podstawie orzekać, albowiem te okoliczności nie stanowiły osnowy zarzutów podnoszonych w tamtejszym postępowaniu. Ponadto, odwołanie w

sprawie o sygn. akt: KIO 325/20 nie zostało wniesione przez tego samego odwołującego się, co jest warunkiem koniecznym dla zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest .: *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa - granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk - Budzisko z obw. Szypliszek".*

W Tomie I Rozdział 1 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców (IDW) punkt 18 SIWZ zamawiający zawarł postanowienia dotyczące terminu związania ofertą:

„18.1. Termin związania ofertą wynosi 60. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

18.2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu, o którym mowa w ust. 1 o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

18.3. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

18.4. W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulegnie zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia".

Izba ustaliła, że nie było sporne między stronami, iż:

1) termin składania ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia upływał w dniu 20 grudnia 2019 roku;
2) w dniu 11 lutego 2020 roku zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium o kolejne 60 dni, przy czym zgodę wykonawcy mieli przekazać zamawiającemu do upływu ostatniego dnia terminu związania ofertą;
3) w dniu 17 lutego 2020 roku Konsorcjum IDM wniosło odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, przy czym postępowanie odwoławcze w tej sprawie zakończyło się wydaniem orzeczenia KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 325/20 w dniu 28 lutego 2020 roku – a zatem bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na okres od dnia 17 lutego 2020 roku do dnia 28 lutego 2020 roku, tj. na okres 12 dni.
4) w konsekwencji pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 29 lutego 2020 roku,
5) w dniu 1 marca 2020 roku Konsorcjum IDM przekazało zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz wydłużyło okres ważności wniesionego wadium;
6) pismem z dnia 2 marca 2020 roku zamawiający poinformował wykonawców o przywróceniu biegu terminu związania ofertą w związku z ogłoszeniem w dniu 28.02.2020 roku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 325/20;
7) w dniu 27 kwietnia 2020 roku Konsorcjum IDM samodzielnie przedłużyło termin związania ofertą (przy czym w międzyczasie z uwagi na wniesienie drugiego odwołania przez Konsorcjum IDM bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na okres toczącego się postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1147/20, tj. na okres od 25 maja do dnia 3 sierpnia 2020 roku) – w związku z czym termin związania ofertą upływał w dniu 7 września 2020 roku;
8) w dniu 14 września 2020 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez Konsorcjum IDM, tj. w dacie, gdy wykonawca ten nie był związany ofertą.

Ponadto, Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 7 IDW – Warunki udziału w postępowaniu podpunkt 7.2.3):

„7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (…)

3) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto

b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu".

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnienie kilku z powyższych warunków.

Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.".

Zgodnie z punktem 10.4. IDW *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane".*

W złożonej przez siebie ofercie Konsorcjum IDM zawarło oświadczenie, iż zamierza powierzyć podwykonawcy – SGS Polska Sp. z o.o. wykonanie następujących części zamówienia: *„Weryfikacja i koordynacja prac projektowych; nadzór nad wykonywaniem obowiązków w zakresie zarządzania i rozliczenia Kontraktu, opracowanie raportu otwarcia w ramach usługi wsparcia merytorycznego w realizacji obowiązków wynikających z Umowy (określonych w SIWZ)".*

Jednocześnie Konsorcjum IDM dołączyło do oferty zobowiązanie wykonawcy SGS Polska Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W zobowiązaniu tym SGS Polska Sp. z o.o. oświadczył, że udostępnia wykonawcy swoje zasoby w zakresie: *„sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej (wiedza i doświadczenie) – spełniających wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, Wsparcie finansowe Wykonawcy z wykorzystaniem przewidzianych prawem instrumentów finansowych oraz realizacja części zamówienia w charakterze podwykonawcy – z wykorzystaniem posiadanej wiedzy i doświadczenia"*,

przy czym określając sposób wykorzystania udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia podał, że:

„- w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej: uzyskanie przez Wykonawcę wsparcia finansowego z wykorzystaniem

przewidzianych prawem instrumentów finansowych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.
- w zakresie wiedzy i doświadczenia: uzyskanie przez Wykonawcę wsparcia merytorycznego w wykonywaniu obowiązków Konsultanta poprzez udzielenie niezbędnych wytycznych do wykonywania obowiązków Konsultanta w szczególności w zakresie zarządzania Kontraktem".
Dalej oświadczył, że zobowiązuje się do udziału w realizacji zamówienia przez cały okres oraz, że zrealizuje roboty, których dotyczą udostępniane zasoby, a polegające na: *„Usługa wsparcia merytorycznego w realizacji obowiązków wynikających z Umowy (określonych w SIWZ) oraz weryfikacja i koordynacja prac projektowych; nadzór nad wykonywaniem obowiązków w zakresie zarządzania i rozliczenia Kontraktu, opracowanie raportu otwarcia".*

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Konsorcjum IDM przedłożyło zamawiającemu wykaz usług, który zawierał zadania zrealizowane przez Konsorcjum ECM GmbH oraz SGS Polska Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDM.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w zakresie zarzutu, o którym mowa powyżej, nie zachodzą przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Izbaodrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie wobec czego podlega on podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Odwołujący oświadczył, że uzyskał dostęp do dokumentów, z których wywodził okoliczności stanowiące osnowę zarzutu, po zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym to od dnia zawiadomienia o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej należy liczyć termin na wniesieni zarzutu. Zamawiający zaś nie wykazał, że okoliczności będące podstawą ww. zarzutu były znane wcześniej odwołującemu.

Izba stwierdziła, że zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z kolei przepis art. 85 ust. 2 Pzp stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Z art. 84 ust. 4 Pzp wynika, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W ramach zarzutu, o którym mowa powyżej, podnoszone były dwie kwestie.

Po pierwsze, odwołujący wskazywał, że wykonawca Konsorcjum IDM spóźnił się ze złożeniem oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego, tj. nie przedłużył terminu związania ofertą w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, tj. do upływu ostatniego dnia terminu związania ofertą, a w konsekwencji nie zapewnił ciągłości terminu związania ofertą.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że złożenie oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą winno być wyrażone w sposób dostateczny i jednoznaczny, a nie można go domniemywać z innych czynności dokonywanych w postępowaniu. Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, że pismo Konsorcjum IDM z dnia 1 marca 2020 roku, zawierające oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, stanowi jedynie potwierdzenie zrealizowania tego obowiązku.

Odnosząc się już bezpośrednio do kwestii oceny oświadczenia wykonawcy Konsorcjum IDM z dnia 1 marca 2020 roku o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na 60 dni, terminu, w którym zostało złożone oraz czy wykonawca ten zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego z dnia 11 lutego 2020 roku Izba wskazuje, że nie ma podstaw do obarczenia wykonawcy negatywnym skutkiem w postaci odrzucenia jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Jak już wcześniej zostało zauważone, nie było sporne pomiędzy stronami, że Konsorcjum IDM pozostawało związane ofertą do dnia 29.02.2020 roku oraz, że dnia 1.03.2020 roku dokonało przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni w wykonaniu wezwania zamawiającego. Zamawiający wezwał do złożenia oświadczenia w tym zakresie do upływu ostatniego dnia terminu związania ofertą. W tzw. międzyczasie doszło do zawieszenia biegu terminu związania ofertą z uwagi na toczące się postępowanie w sprawie KIO 325/20 – na okres 12 dni. Jak słusznie zauważył przystępujący orzeczenie w tej sprawie zostało wydane 28 lutego 2020 roku (tj. piątek) w godzinach popołudniowych. Termin związania ofertą upływał 29 lutego 2020 roku (w sobotę), zaś przystępujący – Konsorcjum IDM złożyło stosowne oświadczenie 1 marca 2020 roku (w niedzielę). Oświadczenie w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą i tak zostało odebrane przez zamawiającego dopiero w poniedziałek - 2 marca 2020 roku - w dniu pracującym dla zamawiającego. W tym też dniu zamawiający wystosował informację do wykonawców, że zostaje przywrócony bieg terminu związania ofertą. Należy podnieść, że w sytuacji, gdy nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą już po wezwaniu zamawiającego oraz upływ tego terminu przypadał na dni wolne od pracy, to wykonawcy, nie mając w wezwaniu zamawiającego z dnia 11 lutego 2020 roku, skonkretyzowanego dnia, do którego mają złożyć oświadczenie, mogli się pogubić przy obliczaniu terminów. Powyższe kwestie mają znaczenie w kontekście takim, że nawet jeśli przyjąć, że wykonawca nie złożył oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą do upływu ostatniego dnia terminu związania ofertą, to jednak uczynił to już następnego dnia. Powyższe, zdaniem Izby, oznacza, że nie doszło do

przerwania ciągłości terminu związania ofertą, co akcentował odwołujący. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przystępującego, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego, nie rozróżniają podziału terminu na godziny. Terminy liczone są w dniach. Zgodnie z art. 111 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.) termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Tym samym złożenie oświadczenia woli w tym zakresie w dniu 1 marca 2020 roku przesądza o tym, że ciągłość zostaje zachowana. Zatem, zostaje też osiągnięty cel jakiemu służy, złożenie oświadczenia woli do upływu ostatniego dnia terminu związania ofertą. Gdyby przyjąć argumentację odwołującego, iż dla liczenia terminów istotne są godziny (odwołujący podał argument dotyczący składania ofert do określonej godziny w ostatnim dniu składania ofert) , to również należałoby uznać, że dla liczenia terminów i ustalania okresu zawieszenia biegu terminu związania ofertą, należy również uwzględnić godzinę wydania orzeczenia kończącego postępowanie, w związku z którym nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą, co prowadziłoby do absurdalnych konkluzji.

Po drugie, odwołujący w ramach przedmiotowego zarzutu podnosił kwestię braku związania ofertą Konsorcjum IDM w dacie wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. W tym zakresie zarzut również nie zasługuje na uwzględnienie.

Wielokrotnie wybrzmiało już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (na które również powoływał się przystępujący w złożonym przez siebie piśmie procesowym), iż brak związania ofertą z uwagi na to, że wykonawca samodzielnie nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje nieważności oferty, czy jej wygaśnięcia. Nie może też stanowić przesłanki odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Powyższe przesądził także Trybunał Sprawiedliwości w postanowieniu z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z.o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, gdzie stwierdził, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli podstawa wykluczenia nie wynika z przepisów prawa ani warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia30 października 2019 roku, wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2104/2019, należy stwierdzić, że: *„Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również na inne, niewskazane w treści przepisu przypadki.”.*

Tym samym zamawiający miał prawo dokonania wyboru takiej oferty i nie mógł jej odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i/lub art. 26 ust. 4 Pzp w związku z 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 Pzp poprzez uznanie, iż Konsorcjum IDM wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia (pkt 7 ppkt 3) IDW) w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego, tj. SGS Polska Sp. z o.o., w trakcie realizacji zamówienia będzie faktycznie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego, a podmiot ten wykona usługi, których dotyczy udostępnienie zdolności technicznych i zawodowych pomimo, że treść przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów nie potwierdza udziału SGS Polska Sp. z o.o. w realizacji zamówienia w niezbędnym zakresie oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp:
3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, iż postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 22a ust. 2 – 4 Pzp:
2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.
4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca Konsorcjum IDM spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (wiedzy i doświadczenia).

W ramach powyższego zarzutu odwołujący również podnosił 2 kwestie.

Po pierwsze, odwołujący podnosił, że ani z treści oferty, ani z Zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, nie wynika jednoznacznie, że SGS Polska Sp. z o.o. rzeczywiście wykona zakres usługi, dla której niezbędne było wykazanie się wymaganym doświadczeniem. Podkreślił też, że Konsorcjum IDM w ramach warunku opiera się w całości na zasobach podmiotu trzeciego, a nie dysponuje własnym doświadczeniem, dlatego też wykonawca powinien wykazać, że podmiot trzeci będzie wykonywał całe zamówienie.

Izba uznała, że z treści złożonych przez wykonawcę Konsorcjum IDM dokumentów, tj. formularza oferty i zobowiązania SGS Polska Sp. z o.o. do udostępnienia własnych zasobów wynika realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. SGS Polska Sp. z o.o. zobowiązała się do udziału w realizacji zamówienia przez cały okres oraz realizacji usługi wsparcia merytorycznego w realizacji obowiązków wynikających z Umowy (określonych w SIWZ) oraz weryfikacji i koordynacji prac projektowych; nadzoru nad wykonywaniem obowiązków w zakresie zarządzania i rozliczenia Kontraktu, opracowania raportu otwarcia. Słusznie też przystępujący zauważył w toku rozprawy, iż przedmiotem postępowania są usługi nadzoru, które mają charakter niematerialny.

Po drugie, odwołujący poddawał w wątpliwość nabycie doświadczenia przez SGS Polska Sp. z o.o., stwierdzając, iż zostało ono nabyte przy realizacji inwestycji, w ramach których wykonawcą było Konsorcjum firm SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH. Zdaniem odwołującego, nie wiadomo, czy SGS Polska Sp. z o.o. samodzielnie nabyła doświadczenie wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że zarzut także w powyższym zakresie nie potwierdził się. Potwierdzenie nabycia doświadczenia przez SGS Polska Sp. z o.o. w ramach konsorcjum przy realizacji referencyjnej inwestycji stanowi treść umowy realizacyjnej zawartej w dniu 23 października 2014 roku pomiędzy ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu a SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która została złożona przez przystępującego na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 7.10.2020 roku.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż miał wiedzę o ww. umowie przy dokonywaniu oceny uzupełnionych dokumentów, a następnie wyboru oferty Konsorcjum IDM. Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie tym twierdzeniom wobec czego Izba postanowiła nie uwzględniać wniosku zamawiającego o zaliczenie w poczet materiału dowodowego z akt sprawy KIO 1301/20, które miały potwierdzać, że umowa ta była znana wcześniej zamawiającemu.

Natomiast umowa realizacyjna została złożona przez przystępującego jako dowód w sprawie w toku posiedzenia, który Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego w niniejszej sprawie.

Powyższa umowa określała wzajemne relacje podmiotów ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu i SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także podział obowiązków i zadań – opisanych w załączniku nr 1 do umowy. Postanowienia te, w szczególności wspomnianego załącznika nr 1 do umowy, przesądzają, że SGS Polska Sp. z o.o. nabyła doświadczenie przy realizacji inwestycji (m.in. zapis o realizowaniu umowy o nadzór, w tym zapewnienie kadry u utrzymywanie zaplecza technicznego oraz administracyjnego).

W tym stanie rzeczy powyższy zarzut podlega oddaleniu.

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła w całości oddalić odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:……